

La crisis de la noción material de bien jurídico en el derecho penal del riesgo

DAVID JIMÉNEZ MEJÍA¹

Resumen

Bajo el contexto del Derecho penal del riesgo ha tomado de nuevo fuerza la discusión sobre si los bienes jurídicos son o no el objeto de protección del Derecho penal. Este artículo es una aproximación y toma de postura respecto a una noción material del bien jurídico desde una perspectiva político liberal. El artículo aborda la discusión acerca del alcance y contenido del bien jurídico, el principio de lesividad y el estado actual del concepto del bien jurídico dentro del llamado Derecho penal del riesgo o Derecho penal de la Seguridad.

Palabras clave

Lesividad, bien jurídico, derecho penal del riesgo, legitimidad, ineficacia.

Abstract

Under the context of the criminal law of risk, the discussion of whether or not the legal interests are the object of protection of criminal law has taken force. This paper is an approximation and it argues for a material notion of the legal interests from a liberal political perspective. The paper focuses on the discussion about the scope and content of the legal interest, the harm principle and the current state of the concept of the legal interests on the called criminal law of risk or criminal law of security.

1 Estudiante de derecho Universidad Eafit, Medellín, Contacto: David.jimenezmejia@gmail.com

Palabras clave

Harm principle, legal interest, criminal law of risk, legitimacy, inefficiency.

Sumario

1. El papel del derecho penal en la sociedad del riesgo. 2. ¿Protege el derecho penal bienes jurídicos? 3. La intervención legítima del derecho penal: la protección penal del bien jurídico. 3.1. Una aproximación liberal al concepto del bien jurídico. 3.2. El principio de lesividad: la noción material del bien jurídico. 4. La crisis de la noción material del bien jurídico en el derecho penal del riesgo. 5. A modo de conclusión

1. El papel del derecho penal en la sociedad del riesgo

El término “Sociedad del riesgo” es una expresión del sociólogo alemán *Beck* para explicar la dinámica de las sociedades contemporáneas². *Beck* analiza especialmente la sociedad alemana, pero en el contexto europeo su estudio es un intento por comprender las sociedades postindustriales o también llamadas postmodernas. La llamada Sociedad del riesgo es la fragmentación de las categorías bases de la modernidad. Es la crisis de la modernidad. El avance industrial y la aparición de nuevos peligros artificiales, entre ellos, la amenaza atómica, son condiciones que impelen a comprender los nuevos riesgos de distinta forma, a convivir con ellos, dentro de una compleja interacción social llamada hoy día globalización y descrita por Bauman como el fenómeno del mundo que se agota³⁴.

En este contexto de una “sociedad del miedo” o de “inseguridad sentida” (*Silva Sánchez, 2001*) la estrecha interdependencia de los individuos, la incertidumbre,

2 Véase, *BECK, Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. España, 1986

3 No es por otro lado, que en estas sociedades postmodernas se tenga una menor seguridad con respecto a épocas anteriores o las condiciones materiales sean más precarias o deterioradas que antes. Todo lo contrario. De hecho, bajo el avance científico y social puede hablarse de un mayor control de los riesgos y las amenazas. No obstante, y por paradójico que suene, la sensación de inseguridad se ve incrementada. Cuando se habla de sociedad de riesgo se hace alusión a la sensación colectiva de una aversión a lo que “no es controlable” y la tendencia a eliminarlo. Es tanto como un interés generalizado de controlar toda amenaza de riesgo, adelantarse al daño. Se ha diseminado toda una cultura de la prevención. Se dice, no son tiempos de padecer los riesgos conocidos, sino de evitarlos.

4 BAUMAN, *La Sociedad sitiada*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004: “La ‘globalización’ es el término que comúnmente se utiliza para dar cuenta de esa extraña experiencia del “mundo que se agota”. Al aproximarse a su límite la velocidad de transmisión (y asimismo, la de las señales activadoras) —la velocidad de la luz—, la casi instantaneidad de la sucesión de causas y efectos transforma incluso mayores distancias en puntos cercanos, y en último término, acaba con la distinción misma entre causa y efecto. A los fines prácticos, sean los que sean, nos encontramos todos muy cerca, y por cierto, íntimamente, los unos de los otros” p. 23

provisionalidad y la existencia de una población de *sujetos pasivos* como una mayoría en las sociedades actuales (Silva Sánchez, 2001, 30), son factores que provocan una mayor sensibilidad al riesgo y por ello una mayor demanda social de control:

El binomio riesgo-inseguridad y, por tanto, la aversión al riesgo con la consiguiente aspiración a la seguridad, hace que los individuos reclamen de manera creciente del Estado la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad (...) el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social (Mendoza Buergo, 2001, 31)

Exigir más intervención del Estado también ha implicado más intervención del Derecho penal. De hecho, describir el papel actual del Derecho penal dentro de este ámbito es señalar el lugar común donde la demanda social por seguridad ha encontrado respuesta. La otrora *ultima ratio* ha pasado a llamarse hoy en día “Derecho penal del riesgo” (Silva Sánchez, 2001) o “Derecho penal de la seguridad” (Mendoza Buergo, 2001). Una fascinación por la tutela penal, donde la represión punitiva se ha tornado como primera respuesta frente a los nuevos retos sociales:

Ante la gravedad con la que se perciben por la opinión pública y por el Estado los nuevos riesgos y las situaciones que éstos provocan, que generan, a su vez, una considerable sensación de inseguridad entre los ciudadanos, la reacción claramente constatable es la de acudir a la respuesta penal como forma de control que se considera la adecuada por su máxima severidad, así como necesaria por su hipotética efectividad. En este sentido, cuanto más grave sea el daño temido, más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social (Mendoza Buergo, 2001, 36)

Acudir o no al Derecho Penal depende ahora de la sensación percibida de un daño potencial y no del daño como tal. La sensibilidad al riesgo ha llevado a funcionalizar el Derecho penal como un medio para amenazar, prevenir, paralelo y no residual a otras medidas de control. Como dice Moccia: “No se trata, de hecho, de reprimir manifestaciones concretamente dañosas o peligrosas, sino de reforzar con la intimidación penal una disciplina preventiva ya estructurada por el Derecho privado o por el Derecho administrativo” (Moccia, 1997, 123).

Llamado por Silva Sánchez como el cambio de paradigma, se ha pasado de un Estado liberal, que busca primordialmente la seguridad jurídica, a un Estado de la seguridad, que responde a las exigencias de punición social (Silva Sánchez, 2001). En este contexto, también parece que nos enfrentamos al paso de un Derecho penal liberal a un Derecho penal de la seguridad. Atravesado por una tendencia expansiva⁵, hoy en

5 Dicha expansión “...aunque su significado sea evidente desde un punto de vista etimológico, pretende tener un significado tridimensional: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos

día se habla de un Derecho penal que protege al medio ambiente, el orden económico y en general una serie de intereses difusos o colectivos que no corresponden a un interés jurídico e individual específico, fundamento de un Derecho penal liberal, que no tiene como epicentro o sede del daño a un individuo sino la no perturbación de unas condiciones o estándares de convivencia, dados por unas normas organizativas de manera que de ser incumplidas hay lugar a una respuesta punitiva.

Dentro de este sendero de expansión surge la pregunta: ¿Hasta dónde puede llegar la tutela penal? ¿Es legítima la intervención del Derecho penal en todos estos nuevos ámbitos? ¿Es válido el alejamiento progresivo de la tutela individual hacia la protección de intereses colectivos? ¿Qué implicaciones conlleva el progresivo alejamiento de la tutela de intereses jurídicos individuales hacia la protección de intereses difusos o colectivos? ¿Qué termina protegiendo en efecto este nuevo Derecho penal? ¿Qué debe proteger legítimamente el Derecho penal? ¿Pueden existir límites desde la misma noción del objeto de protección penal ante esta nueva tendencia expansiva?

Para abordar todos estos interrogantes es necesario abordar el concepto del objeto de protección penal. ¿Cuál es el objeto de tutela por parte del Derecho protección penal? La teoría de los bienes jurídicos -la cual plantea los bienes jurídicos como lo legítimamente protegible por el Derecho penal- se ha acogido casi que de manera general por la doctrina Europea e Iberoamericana (Prittitz, 2000). No obstante, no hay claridad sobre la definición y alcance del bien jurídico así como también existen propuestas que niegan de entrada a los bienes jurídicos como lo tutelable por el Derecho penal.

Este artículo busca en primer lugar analizar si el Derecho penal realmente puede proteger o no bienes jurídicos. En segundo lugar, se intentará una aproximación teórica al concepto del bien jurídico desde una perspectiva política liberal para luego exponer una “noción material” del bien jurídico la cual sí plantea, en mi opinión, límites concretos a una expansión punitiva. Finalmente, nos centraremos en la pérdida de esta noción material del bien jurídico en el Derecho penal actual y señalaremos algunas conclusiones.

2. ¿Protege el derecho penal bienes jurídicos?

Según Jakobs⁶, el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma (Jakobs, 2003). Enmarcado en una teoría funcionalista, Jakobs rechaza

(...) adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible (...) y reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo” (PRITZWITZ, 2000, 263).

6 Este apartado se limita sólo al análisis de los planteamientos de Jakobs por considerar que es el autor más representativo de esta posición. Sin embargo, existen muchos otros autores al respecto. Ver: Montealegre Lynett, Eduardo. *El funcionalismo Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003

la protección de bienes jurídicos como finalidad última del Derecho penal y en su reemplazo postula la “vigencia de la norma”. *Jakobs* sostiene que: “...el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas” (*Jakobs*, 2003, 42). Por lo tanto, encuentra errado partir de la tesis de la preexistencia de bienes previos al Derecho penal, o constituidos por éste, afirmando que “...el Derecho penal (...) no garantiza la existencia de los bienes jurídicos sino sólo que las personas no ataquen esos bienes” (*Jakobs*, 2003, 42).

El rechazo al bien jurídico como objeto de protección penal no es un fenómeno reciente ni es una tesis exclusiva de *JAKOBS*. Desde 1930 surgieron voces que rechazaban el concepto por encontrarlo como un producto del liberalismo del siglo XVIII, el cual se veía como una amenaza a los postulados del comunitarismo o del nacionalismo naciente de la década de los 30 en Alemania (*Hormazabal*, 1992, 68). No obstante, *Jakobs* no rechaza el concepto por encontrarlo como un producto del liberalismo sino por objeciones dogmáticas y metodológicos que le parecen insuperables en una teoría sobre el objeto de protección penal (*Alcácer*, 2003, 55).

Jakobs parte de las teorías sociológicas funcionalistas para explicar el Derecho penal. Se inspira en la teoría de sistemas de *Luhmann* (*Alcácer*, 2003, 55). Entiende que el enfoque normativo funcionalista es el correcto para abordar la dinámica del Derecho, su funcionamiento⁷. En *Luhmann* el Derecho se entiende como un subsistema social, “...cuya función última es reducir el desequilibrio de complejidad entre el ambiente y el sistema, facilitando la generalización de expectativas de conducta que disminuyan el riesgo de frustración” (*Soto Navarro*, 2003, 16). Bajo este análisis, *Jakobs* sostiene que no es posible proteger objetos físicos o semejantes bajo una relación jurídica, sino expectativas normativas, conductas de rol, desde un enfoque normativo del Derecho penal como un subsistema del control social:

(...) desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado; dicho de otro modo, desde el punto de vista del derecho penal el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, *sino como norma, como expectativa garantizada*; y es que

7 El funcionalismo es un método de análisis sociológico para describir la dinámica de las sociedades actuales (*Soto Navarro*, 2003). Una aproximación al lente con el cual la propuesta funcionalista aborda la realidad social puede encontrarse en la referencia que *Hormazabal* hace al respecto: “Para el funcionalismo la realidad social no está conformada simplemente por cosas sino por sistemas constituidos por la interrelación de conductas o un complejo de conductas de rol. Los aspectos sustanciales de la realidad quedan postergados por los funcionales, lo dinámico se privilegia frente a lo estático. (...) La sociedad debe ser entendida como un sistema total donde cada uno de sus aspectos no puede ser comprendido si no es en referencia al sistema total. El sistema consiste en una pluralidad de actores individuales que interactúan en una determinada situación motivados por recíprocas expectativas. Lo fundamental en el sistema es la interdependencia de los diversos factores, de tal forma que no puede afirmarse que uno de ellos determine la producción de un fenómeno” (*Hormazabal*, 1992, 96)

cualquier otra cosa sería muy extraña: ¿cómo podrá representarse el derecho en cuanto estructura de la relación entre personas, es decir, el derecho como espíritu normativo, en un objeto físico? (*Jakobs*, 2003, 43) (Bastardillas fuera del texto)

Así, el delito no se entiende como lesión de bienes jurídicos, sino como lesión de una norma, "...como infracción de un rol, como infracción de deber (...) es lo que protege el derecho penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma" (*Jakobs*, 2004, 53):

El daño no se produce en un bien perteneciente al individuo, sino que el daño característico del delito ha de localizarse dentro del sistema social: lo relevante, a efectos lesivos, es la perturbación del orden, de las normas que mantienen la estructura social, de la vigencia del ordenamiento (*Alcácer*, 2003, 62).

El daño no puede entenderse entonces "...como algo fáctico, material, "sensible", sino (...) como un daño "simbólico", inmaterial, perteneciente al ámbito de lo comunicativo" (*Alcácer*, 2003, 80). La finalidad de protección del Derecho penal es pues la norma de conducta, el deber. El bien jurídico como objeto extra penal carece de relevancia.

El rechazo del bien jurídico por parte de *Jakobs* viene dado desde su concepción normativista de la sociedad⁸ y su ataque al enfoque causal-naturalista. *Jakobs* rechaza que el ámbito de lo protegible en el Derecho penal sean realidades físicas, ontológicas. Su concepción del delito como "quebrantamiento de la vigencia de la norma" sólo atiende al significado de la conducta para el ordenamiento jurídico prescindiendo de la realidad fáctica que le precede. Circunscribe el ámbito de lo protegible en el Derecho penal al mundo normativo, ideal, a la valoración del objeto y no al objeto valorado (*Alcácer*, 2003). Casi que enfrentado en un dualismo entre "naturaleza" y "sentido", "normativismo" y "naturalismo", "Ciencias sociales" y "Ciencias naturales", la teoría de *Jakobs* descalifica la asunción de realidades físicas, o bienes, como el ámbito de lo protegible en el Derecho penal.

Jakobs parte de un método sociológico que sirve para describir y explicar la dinámica del Derecho en general y en particular, el Derecho penal. El método de análisis del funcionalismo "...puede ser un método de análisis útil entendido como un conjunto de instrumentos que ayudan a una mejor descripción de la realidad social y jurídica" (*Soto Navarro*, 2005, 891). Es una aproximación científica a la complejidad de la realidad socio jurídica. No obstante, como aproximación científica, es axiológicamente

8 Para *Jakobs*, la sociedad "...no es entendida como la asociación de un conjunto de individuos, sino que conforma un sistema social autónomo constituido por un complejo entramado de relaciones comunicativas, que conforman la estructura organizativa del sistema (...) La sociedad, como sistema de comunicaciones, no está constituida entonces por realidades pertenecientes a la naturaleza, sino por comunicaciones, por normas" *Alcácer Guirao, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* p. 55

neutra⁹. Describe y explica la dinámica social. No es una teoría normativa "...por lo que no sirve, por sí sola, como criterio de legitimación material de las normas penales" (Soto Navarro, 2005, 890)

Lo anterior la principal objeción que se esgrime en contra de la teoría de *Jakobs*. Su exclusiva pretensión epistemológica para aproximarse al Derecho penal desde el funcionalismo sociológico olvida que este enfoque sólo describe y no puede utilizarse como criterio normativo, deficiencia que en la dimensión pragmática del Derecho tiene profundas consecuencias¹⁰. Así, puede decirse que *JAKOBS* no usa el enfoque como discurso normativo pero la ausencia en su reflexión en torno a los fines del Derecho penal de un referente axiológico torna la visión de éste en una verdadera versión autoritaria del mismo¹¹:

(...) la concepción del Derecho penal que abiertamente profesan Amelung y Jakobs es una concepción funcionalista, fundada en la teoría de los sistemas de Parson y de Luhmann, de la cual es difícil negar las graves implicaciones prácticas (...) La doctrina de Jakobs hace de la autoconservación del sistema y de la protección del Derecho mismo el fin del Derecho penal, más allá, y quizá también a costo de cualquier otro bien o interés. (...) Una doctrina así (...) es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo. (Ferrajoli, 2012, 104)

9 "El funcionalismo se presenta como un método de análisis sociológico, que describe objetivamente el ser de la sociedad moderna, sin ofrecer pautas valorativas con potencial crítico y promotoras de un cambio de la realidad social. Del mismo modo, su concepción del Derecho se limita a identificar la función social del sistema jurídico y su modo de operar" Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. España: Comares, 2003, p. 22

10 "Las concepciones filosóficas en torno a los fines del Derecho y a sus fundamentos axiológicos, tienen siempre un significado y una dimensión pragmática. Presentarlas como descriptivas en lugar de justificarlas con base en sus implicaciones y en las opciones ético políticas que se encuentran detrás de éstas, equivale a transformarlas en ideologías. Por ello, si se es responsable, deben explicitarse tales opciones, aunque sea sólo porque sus implicaciones prácticas son razones no secundarias para su aceptación o para su rechazo. Por lo demás, ni la importancia de esta cuestión ni el empeño con el que se argumentan sus diferentes soluciones se comprenderían, si esto no tuviese ninguna implicación práctica" (FERRAJOLI, 2012, 102)

11 Al respecto señala Alcácer: "...es preciso ante todo poner de manifiesto las implicaciones políticas colectivistas que la sociología sistémica puede conllevar en un ámbito esencialmente valorativo como es el Derecho penal. Ello se da indudablemente, como recurre en ciertas posturas comunitaristas derivadas del funcionalismo sociológico, cuando lo que no es sino un método de análisis: de contemplación, se convierte, expresa o implícitamente, en un criterio de decisión: de valoración (...) Los peligros que ello conlleva son conocidos: funcionalización de garantías individuales en aras del todo social y, lo que no es más que una consecuencia de lo anterior, subjetivación y anticipación de los márgenes de lo punible, ya que los valores morales se "lesionarán" ya con actitudes morales" (Alcácer, 2003, 92)

3. La intervención legítima del derecho penal: la protección penal del bien jurídico

Por otro lado, la tesis mayoritaria en la doctrina continental europea y en Iberoamérica se comparte la tesis de que el Derecho penal protege bienes jurídicos. Existe un consenso generalizado en la Ciencia penal de que “El Derecho penal sólo resulta legítimo si se persigue la protección de bienes jurídicos” (Pittwitz, 2000, 63). No obstante, qué pueda entenderse por bien jurídico, definición, alcance de protección no es unánime en la doctrina.

Un acercamiento nominativo al concepto señala que el bien jurídico “...se entendería ante todo como un “bien”, esto es un favor, un beneficio, una merced, una condición, un reconocimiento o una facultad, un poder de disponer u obrar de cierta forma, una posibilidad de disposición que se le reconoce a la persona” y de allí que el calificativo *jurídico* se torne como un límite, de manera que “...su contenido, sus límites, su nivel de protección, sus ámbitos de ejercicio vienen dados por el ordenamiento jurídico general” (Gómez López, 2001, p. 167)¹²

Sin embargo, el bien jurídico también se relaciona con la materia de la prohibición penal, responde a la pregunta *qué castigar, cuándo prohibir*. Está asociado directamente con el problema de la justificación de la pena, los fines de la institución del castigo¹³.

12 En términos generales, son muchas las definiciones que se asocian al concepto de bien jurídico. Todas ellas, mencionan como elemento común la valoración que hace el legislador a unas condiciones materiales determinadas que considera merecedoras de protección. De una manera muy general, como lo dice FERNANDO VELÁSQUEZ: “...cuando se habla del *bien jurídico* se hace referencia a determinados valores sociales que, según la opinión del legislador, merecen especial protección, como sucede con la vida, el patrimonio económico, la integridad personal, el medio ambiente, el orden económico social, etc; sean ellos de índole individual o colectiva (VELÁSQUEZ, 2009, 109). No obstante, esta definición apenas si es inicial puesto que de inmediato surge la duda si el *bien jurídico* debe entenderse como una mera valoración, un juicio normativo, o tiene algo más, es una entidad, referencia una realidad. Además, esta valoración inicial tiende a confundir la finalidad de la ley o *ratio legis* con el concepto mismo del bien jurídico, lo cual es equivocado o por lo menos aduce a un “concepto metodológico” del mismo que no dice nada al respecto ni va “...más allá del por lo demás reconocido principio de interpretación teleológica (...) la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico” (Roxin, 2008, 125)

13 La institución de la pena no es por otro lado, un tema cerrado ni pacífico. De hecho, es una de las discusiones más antiguas y polémicas en el Derecho penal. Tampoco lo es, por su parte, la justificación de la distribución de la pena una vez se asume como legítimo el castigo (Robinson, 2012, 30). Las justificaciones de la pena como criterios distributivos para la responsabilidad penal varían desde los más diversos fundamentos y cada uno sugiere distintos resultados: La disuasión general y especial: persuadir a futuro, la incapacitación: neutralizar al delincuente, la rehabilitación: reformarlo, el merecimiento deontológico y el merecimiento empírico: reprochar moral o empíricamente al autor del delito (ROBINSON, 2012).

Estos criterios implican una profunda polarización dentro de la ciencia penal. La rehabilitación y la incapacitación tienen sus bases en el *peligrosidad del delincuente* (Robinson, 2012, 42) y tratar al delincuente por medio de la pena o proponer *neutralizarlo* por su peligrosidad genera serios reparos

Preguntarse por la materia de la prohibición penal también es preguntarse por los problemas sustanciales del Derecho penal (*Ferrajoli*, 1995), remitirse al contraste entre prohibición penal y reprobación moral, al problema de justificación del Derecho penal y en general, a la legitimidad del Estado para castigar¹⁴. La cuestión del bien jurídico penal no sólo se circunscribe al proyecto de castigar un comportamiento. También implica preguntarse por qué se debe tutelar penalmente, por qué recurrir al Derecho penal y no a otros medios de control social:

(...) decir que es un “bien penal” significa además manifestar un juicio de valor que avala la justificación de su tutela recurriendo a un instrumento extremo, cual es la pena. Pero esto significa también, a la inversa, que un objeto “debe ser” (juzgado y considerado como) un “bien” cuando esté justificada su tutela penal; y que, aún más, el valor que al mismo se asocia debe ser superior al que se atribuye a los bienes ajenos a las penas (*Ferrajoli*, 1995, 467)

Una aproximación sólo nominativa al bien jurídico no expone el margen, las divergencias y contrastes esenciales que residen en la doctrina respecto al alcance y contenido del mismo. De allí la importancia de dar claridad a la discusión en una aproximación al concepto:

A mi modo de ver, el punto de muerto en la discusión debe reconducirse al hecho de que los diversos problemas actuales no se abordan atendiendo directamente a su contenido, sino orientados desde el concepto de bien jurídico. Con ello se termina por exigir demasiado al concepto (...) El dilema de la discusión es, por tanto,

a la certeza de esa “peligrosidad”, su carácter inmoral e invasivo, su ineficiencia y el asunto siempre latente sobre el alcance del *ius puniendi* en un Estado liberal de Derecho. Igual sucede con los criterios distributivos del *merecimiento* —sea deontológico o empírico— puesto que conducen o bien a la institucionalización de ficciones tan arcaicas y mágico-religiosas como la *vengeza* (*FERRAJOLI*, 1992, 254) o a la confianza excesiva en la investigación social empírica sobre la creencia en unas intuiciones de justicia compartidas por una comunidad en específico, soslayando los problemas de Filosofía moral y de Justicia que esto acarrea.

Finalmente se encuentran los criterios de disuasión, tanto especial como general. Ambos criterios responden a una tradición penal liberal que concibe a la pena “...sólo como un medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos” (*FERRAJOLI*, 1992, 253). Este principio de disuasión, como criterio distributivo, también adolece de serios reparos por los rígidos supuestos de los que parte, inobservables en la práctica. Algunos problemas como la falta de información, el problema de la elección racional, la complejidad del fenómeno de la disuasión, la ineficacia insuperable de la respuesta punible y la falta de estudios sobre todos los factores que condicionan la disuasión en la percepción de un delincuente potencial (*ROBINSON*, 2012, 100) son impedimentos que minan la realización de este principio.

14 “...la cuestión misma de la legitimidad del estado, de cuya soberanía es precisamente el poder de castigar, que puede llegar hasta el *ius vitae et necis*, la manifestación más violenta, más seriamente lesiva de los intereses fundamentales del ciudadano y en mayor medida susceptible de degenerar en arbitrariedad” (*FERRAJOLI*, 1992, 210)

semántico: aparentemente, el debate gira sobre todo en torno al *concepto* de bien jurídico, pero realmente se trata de divergencias de *contenido* acerca de cuál debe ser el alcance legítimo del Derecho penal. Y mientras las distintas convicciones se escondan tras el concepto de bien jurídico, el verdadero discurso material quedará oculto. (Seher, 2007, 77)

3.1 Una aproximación liberal al concepto del bien jurídico

A pesar de las diversas propuestas de definición que se han hecho sobre el bien jurídico¹⁵, tradicionalmente se ha entendido que éste cumple con dos funciones básicas: una dogmática y otra crítica o externa¹⁶ (Von Hirsh 2007; Seher, 2007; Moccia, 1997; Hormazabal, 1992). La función dogmática alude al concepto como el objeto efectivamente protegido por la norma penal. Es un criterio de orientación interpretativa, un elemento dogmático que se articula dentro de la estructura del delito¹⁷ (Kahlo; Sternberg-Lieben; Hirsch; Schünemann; Gaede, 2007).

Por otro lado, la función crítica o externa, implica abordar el concepto "(...) como criterio deslegitimador de supuestos de penalización donde no existe bien jurídico protegido" (Von Hirsh, 2007, 37). La función crítica o político criminal se concibe entonces como "(...) una función legitimadora, que en cierto modo legitima el Derecho penal desde 'fuera'" (Sternberg-Lieben, 2007, 105) o que también deslegitima, con ocasión de la forma con que se aborde.

15 Para SEHER, en general, como una manera holística de analizar el amplio espectro de las definiciones que se han esgrimido en la doctrina: "...las propuestas de definición del concepto de "bien jurídico" oscilan entre un rigor clásico que impide integrar nuevas normas penales y una amplitud que inutiliza el concepto para el discurso crítico (...) Los distintos planteamientos (...) abarcan desde la rigidez de la teoría personal del bien jurídico de HASSEMER a concepciones estructuralmente abiertas (SCHÜNNEMANN, WOHLERS), pasando por un dubitativo distanciamiento del bien jurídico como criterio de legitimación de normas (STRATENWERTH)" (SEHER, 2007, 71).

16 Hay autores, que no obstante, cuestionan la función crítica del bien jurídico. Entre ellos SOTO NAVARRO: "...no corresponde al bien jurídico una función crítica externa al sistema penal o, dicho en otros términos, el referente axiológico de las decisiones de política criminal no se integra en el concepto de bien jurídico. Éste constituye tan sólo un instrumento técnico jurídico, que puede ser útil para sintetizar, una vez seleccionados, los presupuestos esenciales de la convivencia. El esfuerzo constructivo debe centrarse, por ello, en la eficacia del concepto de bien jurídico" (SOTO NAVARRO, 2003, 170)

17 "En sentido formal, *bien jurídico* es el fin de protección de la norma legal (ratio legis), cualquier que sea. Un fin así lo tiene toda norma por el hecho de existir con cierta pretensión de racionalidad (las leyes se dictan siempre para algo) y, más aún, lo crea la propia norma al ser expedida. (...) A este concepto abstracto se llega por el camino de inferir los elementos comunes a los especiales fines de protección de las distintas figuras delictivas. Con esta noción positivista, la teoría del bien jurídico carece de importancia y la gramática dona las reglas supremas de la interpretación jurídica. Con esta concepción, el bien jurídico sólo cumple –precariamente– la "función clasificatoria" de los delitos de la parte especial, pero no impone ninguna delimitación y por tanto no envuelve ningún criterio de legitimación. (CARRASQUILLA, 2002, 87)

En su función crítica, el bien jurídico se ha pensado más como un criterio para deslegitimar la intervención punitiva que para legitimarla. Como señala *Ferrajoli*:

(...)una teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos positivamente —y además no serviría de nada que nos lo dijera— que una determinada proposición penal es justa cuando protege un determinado bien jurídico. Puede ofrecernos únicamente una serie de criterios negativos de deslegitimación (...) para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carece de justificación, o que ésta es escasa” (*Ferrajoli*, 1995, 471)

Jakobs es uno de los autores que niega que el concepto del “bien jurídico” implique contenido liberal alguno y por tanto un límite al ejercicio punitivo (*Jakobs*, 2003). También *Stratenwerth* señala que al fin y al cabo el bien jurídico termina siendo una etiqueta que puede soslayarse, sin que pueda establecer algún límite, cuando las condiciones particulares de una sociedad impelen la protección de ciertos intereses, cualesquiera sean éstos:

(...) poca cosa cabe destacar de la supuesta función “crítica” o limitadora del Derecho penal por parte del dogma del bien jurídico. Semejante afirmación no sólo rige en el sentido de que con la apelación a la necesidad de legitimar los tipos penales con un bien jurídico (personal) no se consiga nada en la práctica cuando a ello se oponen convicciones generales fuertemente emotivas (como en el caso del incesto), sino que lo que se demuestra, sobre todo, es que allí donde existe una necesidad de pena más o menos imperiosa la búsqueda de un bien jurídico que “encaje” puede soslayarse (*Stratenwerth*, 2012, 245)

No obstante, diversos son los autores que plantean que la aproximación crítica del bien jurídico, dentro de la teoría política, sólo encuentra sentido desde una mirada liberal¹⁸. *Shunemann* defiende la idea de que el principio de protección de bienes jurídicos no es un instrumento idóneo para frenar la discreción legislativa. Según él, “...el bien jurídico (...) desempeña un papel productivo importante ya en el nivel primario de averiguación de la estructura del delito y, acto seguido (en el segundo nivel), en la determinación del marco de acciones comprendidas en el tipo como “menoscabadoras del bien jurídico” (*Schunemann*, 2007, 199). Según el autor, el concepto como tal sí

18 Así, autores como GALLEGO dicen al respecto: “...una discusión (teórico política) sobre el bien jurídico tiene sentido, en tanto, frente al ejercicio de la potestad de castigar —que siempre tiene la tendencia a desbordarse— preste razones que oponer a la sinrazón de la sanción mediante el derecho penal de estándares de pensamiento y de vida, contra las tentaciones de moldear existencias y cosmovisiones —tan únicas como único cada ser humano— reduciéndolas a “una moral”; tendencias autoritarias que conducen a la utilización de los aparatos de coerción estatal con el fin —casi nunca manifiesto— de sancionar la diferencia, la disidencia, las actitudes internas; los modos de ser antes que los hechos” (GALLEGO, 1999, 125)

tiene una vocación limitadora y su punto arquimédico se encuentra en la razón liberal que lo impulsó desde un comienzo:

(...) la determinación del bien jurídico no se formula como mera etiqueta final sólo al término del proceso interpretativo, sino que con su impulso liberal, es decir, opuesto a las restricciones innecesarias de las libertades civiles, dirige la modelización de la materia prohibida, y, por consiguiente, respecto al proceso de interpretación es tanto immanente como crítica. Al abrir frente al menor tenor literal de la ley una dimensión más general, haciendo así fructíferos para la interpretación los principios básicos del Derecho penal, se erige en su "punto de fuga" e introduce directamente en la exégesis de la ley la idea liberal básica que encarna una dimensión constitucional (Schunemann, 2007, 199)¹⁹

¿Qué idea liberal y dónde se encuentra dicho límite? En opinión de Schunemann:

(...) en la idea fundamental de la limitación del Derecho penal derivada del concepto de contrato social, tal y como se ha impuesto desde hace alrededor de 250 años y tal y como debe desplegar su máxima eficacia para cualquier sujeto racional, equitativo y justo en los tiempos actuales, en los que el respeto al Estado de Derecho se empareja con una comprensión más intensa que nunca del carácter cuestionable y la selectividad del Derecho penal estatal" (Schunemann, 2007, 203)

Para autores como Alcácer, la noción de "bien jurídico" emana indiscutiblemente del liberalismo político (Alcácer, 2003, 121). Desde su concepción inicial cumplía con "...una función de garantía para los sujetos, en cuanto pretendía dar razón del porqué de la intervención estatal y, por ello mismo, apuntar hacia los problemas de la génesis y legitimación de la norma penal"²⁰ (Bustos, 2004, 179). En el liberalismo penal, "...ese nexo entre utilitarismo, contractualismo, convencionalismo y racionalismo se expresa en la fundamentación de las prohibiciones penales como "instrumentos" de tutela de

19 Además señala el autor: "El anclaje en el concepto de contrato social y la idea rectora de que el Estado debe asegurar la posibilidad de libre desarrollo del individuo proporcionan unas coordenadas de lo que el Estado puede proteger por medio del Derecho penal y de lo que no: *en primer lugar*, los bienes que el individuo necesita para su libre desarrollo, pero no los bienes usurpados a costa del desarrollo de los demás; y, *después*, los bienes compartidos por todos necesarios para una próspera vida en común, a diferencia de las formas de vida patrocinadas por una determinada religión o concepción moral, que no pueden ser dirigidas por el Estado y, por tanto, tampoco ser garantizadas como tales, sino sólo en la posibilidad de su elección y ejercicio individuales. Al mismo tiempo, con el concepto de daño o (desde la perspectiva inversa) de bien se expresa que no puede ser objeto de protección penal cualquier interés, sino sólo un interés perentorio para la próspera vida en común, de modo que las meras contrariedades que se ciernen sobre el individuo o las meras imperfecciones de la organización social no bastan para justificar el recurso al Derecho penal" (Schunemann, 2007, 208)

20 Así, "El Derecho penal propio de un Estado de Derecho liberal se entiende como contrapeso frente a la facultad punitiva de carácter autoritario del Estado" (Jörg, 2000, 308).

los ciudadanos²¹” (*Ferrajoli*, 1995, 259). Ello conduce a una concepción crítica, personal y liberal del bien jurídico:

Según la concepción ideal del contrato social, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al Legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y sólo en la medida en que este fin no se pueda conseguir por medios más suaves. (...)“...las normas penales sólo pueden perseguir una finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos (...) el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc) sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (...) Llamo “bienes jurídicos” a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones²². (*Roxin*, 2008, 122)

De esta manera, se colige que en tanto una conducta no lesione ni ponga en peligro intereses de los individuos no se justifica su prohibición penal. ¿Cuáles intereses? Aquellos que permitan una vida en comunidad, configuren “...las condiciones de una pacífica coexistencia en libertad” (*Moccia*, 1997, 113), concedan “...la posibilidad de participación de los ciudadanos, en cuanto personas individualmente consideradas, en el sistema social” (*Cadavid Quintero*, 1998, 132). Decía *Stuart Mill* que: “Todo lo que da algún valor a nuestra existencia depende de la restricción impuesta a las acciones de los demás” (*Mill*, 1945, 113). Conforme se prohíbe una conducta por su lesividad social, es decir, por su dañosidad frente a terceros y no se castiga un estado de conciencia, una posición moral, un mero deber de actuar sin la finalidad de proteger los intereses de terceras personas, se da valor a la existencia individual, al individuo, a su realidad personal.

Bajo esta perspectiva, una aproximación al contenido liberal del bien jurídico debe partir por lo menos de las siguientes dos consideraciones:

En primer lugar, lo protegido por las normas jurídico penales tiene que centrarse en los

21 El Estado se entiende así como un instrumento, un medio para la realización personal de sus ciudadanos. Como dice el autor *Alcácer*, “...el primer postulado del liberalismo es la prioridad axiológica de la libertad de la persona” (*ALCÁCER*, 2003, 69). Se pone en el centro al individuo, a las personas de carne y hueso, de manera que la fundamentación del Estado sólo puede residir en la protección de los intereses de éstos. Fue un triunfo del iluminismo, del pensamiento ilustrado. Sustituir la autoridad divina por la razón humana, la divinidad por el individualismo (*Moccia*, 1997, 113)

22 También así lo expresa el autor *Gómez López*: “El derecho penal no puede ser simple represión, o medio de imposición, en un esquema de Estado democrático, social de derecho, el derecho punitivo es apenas un mecanismo extremo de protección a las condiciones necesarias e importantes para favorecer, propiciar la vida en comunidad o la coexistencia pacífica, que permita el desarrollo libre y digno de la persona humana. A esas condiciones y finalidades necesarias para la convivencia y desarrollo de la vida personal y de la vida en coexistencia digna se les denomina “bienes jurídicos” (*Gómez López*, 2001, 146)

intereses fundamentales del ciudadano, en las condiciones esenciales que permitan a éste desarrollar su libertad en la sociedad (...). En segundo lugar, la prohibición de conductas tendrá que estar basada en la noción del daño —principio del “*harm to others*” — a esas condiciones esenciales de la libertad (Alcácer, 2003, 69)

Derivado de este pensamiento liberal²³, esta segunda exigencia -la noción de daño- nos lleva a la noción material del bien jurídico y/o el principio de lesividad.

3.2. El principio de lesividad: la noción material del bien jurídico

El principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos prescribe que si una conducta no lesiona un bien jurídico entonces la conducta como tal carece de lesividad y por tanto no tiene relevancia jurídico penal²⁴.

23 Vale aclarar que, como dice FERRAJOLI, el pensamiento liberal en el Derecho penal ha constado de dos caras: “...la fase ilustrada y revolucionaria, en la que el liberalismo reivindicó, frente al antiguo régimen, los fundamentos axiológicos externos del estado y, conforme a ellos, la carga de su justificación; y la conservadora y estatalista, que siguió a la crisis del viejo estado absoluto y al reforzamiento del poder burgués, en la que la cultura liberal abandonó muy a menudo el punto de vista externo alineándose en la defensa del nuevo orden frente a la emergencia de nuevas fuerzas revolucionarias”. (FERRAJOLI, 1995, 890)

Conforme a los criterios meta éticos que señala Ferrajoli, sólo la fase ilustrada y no la “estatista” puede cumplir con los criterios de una doctrina de justificación. La visión conservadora conduce a justificaciones a priori e incondicionadas, cae en la falacia naturalista o la falacia normativista (FERRAJOLI, 1995, 329). Por otro lado, los dos criterios que señala el autor necesarios a una doctrina JUSTIFICATIVA son: la separación entre Derecho y moral, lo cual exige entender la pena como un mal, un coste que requiere justificarse y la correlación entre la pena y el fin de la pena, “...de manera que los fines justificadores del derecho penal sean empíricamente realizables con las penas y no realizables sin ellas” (FERRAJOLI, 1995, 327). El primer criterio, en efecto, excluye la autojustificación moralista, autorreferente de manera que la fundamentación externa, derivada de la separación entre moral y Derecho, conduce a un modelo de justicia penal y no a un modelo de legalidad penal (FERRAJOLI, 1995, 235)

El segundo criterio se refiere a la congruencia del medio para la satisfacción del fin. La relación entre medios penales y fines extra-penales debe ser empíricamente congruente y proporcionada, “... es necesario que fines y medios sean homogéneos entre sí, de manera que el mal producido por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin y sea justificable no sólo su necesidad sino también su naturaleza y medida como mal o coste menor respecto a la falta de satisfacción del fin” (FERRAJOLI, 1995, 327). De lo contrario, como bien anota Ferrajoli, se hace indistinto un sistema represivo, violento, cruel de cualquier sistema penal. Este criterio busca imponer un límite máximo a las penas puesto que el Derecho penal también surge como un límite a la reacción violenta frente al delito: “El Derecho penal no surge como la institucionalización de la venganza sino todo lo contrario, es la negación de la venganza, se establece para poner remedio y prevenir sus manifestaciones (...) la historia del derecho penal y de la pena corresponden a la historia de una larga lucha contra la venganza (...) sólo la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social —de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista— que de un modo más expeditivo y probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social” (FERRAJOLI, 1995, 333)

24 Desglosado por FERRAJOLI bajo dos máximas: principio de ofensividad en abstracto: “Nadie puede

En 1834, tiempos de la restauración alemana, *Birnbaum* planteó que la conducta delictiva no lesionaba derechos subjetivos, en oposición a la tesis de *Feuerbach*, sino bienes, objetos externos y preexistentes al Derecho penal (*Hormazabal*, 1992, 26 y ss):

En efecto, a juicio de *Birnbaum*, la noción de derecho subjetivo no se compatibilizaba bien con la idea de “lesión”, en la medida en que un derecho, materialmente, no es susceptible de ser lesionado; ciertamente, un derecho, al igual que una norma jurídica, puede *vulnerarse*, pero no lesionarse; susceptible de lesión sólo lo es, entonces, el substrato material del derecho subjetivo, es decir, la acepción de “bien” de *Birnbaum* (*Alcácer*, 2003, 101)

En correspondencia con el autor *Alcácer*, es aquí donde “...radica la potencialidad liberal de la aportación de *Birnbaum*” (*Alcácer*, 2003, 101). Ciertamente *Birnbaum* terminó por aceptar que también podían ser delictivas conductas que atentaran contra el buen pudor o la conciencia, pero su aporte fue relevante en tanto planteó la exigencia de una concreción material de lo lesionable, es decir, una exigencia de materialidad para poder hablar de lesividad, de daño:

(...) la idea de un bien como objeto lesionable materialmente atiende *también* a la esfera del mundo fáctico, “exterior” al Derecho, a diferencia de la lesión de derecho subjetivo, noción de naturaleza puramente normativa. En efecto, la noción de un bien, dado que permite asociarla a un substrato fáctico, implica que el daño propiamente penal debe ser perceptible en el mundo exterior de la “naturaleza”, lo que conllevará una mayor exigencia de materialidad o de constatación empírica en el daño (*ALCÁCER*, 2003, 101)

A diferencia de *Jakobs*, que propone la norma como el objeto de protección penal y afirma que el Derecho no puede proteger entes externos a éste, la asunción del bien jurídico presupone todo lo contrario: “...mientras que en la concepción dominante (teoría del bien jurídico) lo dañoso se determina desde la realidad valorada, en la concepción de *Jakobs* se hace desde la misma decisión valorativa institucionalizada: la norma” (*Alcácer*, 2003, 105). La noción del bien jurídico implica configurar el objeto protegido por la ley penal a partir del objeto valorado y no desde la valoración del objeto. El enfoque parte desde un sustrato material, lesionable, que es el fundamento fáctico o real del bien jurídico²⁵:

ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional” (dirigido al legislador) y Principio de ofensividad en concreto: “Nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”. (*Ferrajoli*, 2012, 110)

25 Así, vale la pena recordar a un autor nacional que ya en 1961 señalaba: “Puesto que el derecho es una relación exterior de hombre a hombre, no puede producirse una modificación anormal de esa relación ni por consiguiente una violación del derecho, sino se produce un hecho que modifique este estado

(...) la idea del bien jurídico merecedor de tutela penal como bien empíricamente determinado remite a la idea de su lesión como comportamiento a la vez determinado. De hecho, la lesión de un bien así no puede provenir sino de un comportamiento; es decir, de un hecho que se encuentre en una relación de causalidad con tal lesión, la cual consiste en un daño o un peligro materialmente identificable. De esto se deriva un principio fundamental del garantismo penal: el principio de la inderogabilidad del hecho, expresándolo por la máxima *nulla poena sine crimine*, en virtud de la cual no se puede ser castigado por lo que se es, sino sólo por lo que se hace (Ferrajoli, 2012, 110)

La noción “material” que se asocia al bien jurídico no significa por otro lado que necesariamente constituya realidades físicas, corporales, dentro del mundo causal²⁶. La materialidad no se asocia con un enfoque naturalístico. Se identifica con una realidad social, valorada²⁷ (Soto Navarro, 2000):

exterior de las condiciones humanas; no puede existir un delito si no existe un objeto exterior en el cual se concrete positivamente. El simple pensamiento íntimo que no sale de la esfera individual, no puede constituir un delito, mientras no se manifieste físicamente. Aun los delitos que consisten en formas de pensamiento, como la injuria verbal o la instigación a delinquir implican una expresión exterior, pues de lo contrario no constituyen una violación de las relaciones jurídicas, ni, por consiguiente, de las normas penales. (LOZANO LOZANO, 1961, 134)

- 26 No es posible entender el bien jurídico exclusivamente como una realidad ontológica, física o natural. En él también radica una moralidad, un juicio de valor, puesto que no todos los objetos externos se protegen jurídico penalmente. También es un valor, una atribución normativa. El autor *Karl Walter* habla por ejemplo del bien jurídico “vida”: “... todos tenemos interés por la vida, cuyo valor fundamental está fuera de toda duda, sin embargo, cuando la vida es destruida, las consecuencias de semejante menoscabo funcional ya no afectan a su titular. Cuando se anulan definitivamente las condiciones indispensables del desarrollo individual parece eliminarse también, y de forma paradójica, la base del juicio de dañosidad. ¿Cómo se puede perjudicar a alguien en su interés por vivir si para él ya no existe tal interés? (...) Por consiguiente, la muerte sólo adquiere su perfil normativo en el contexto de una moralidad que percibe la vida como valiosa y que pretende su conservación tanto tiempo como sea posible. Por este motivo, el daño del homicidio radica en la lesión de dicha moralidad, es decir, en el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo. Si tuviéramos que contar en todo momento con la posibilidad de este menosprecio se destruiría uno de los presupuestos básicos de la planificación vital: la confianza en la intangibilidad de la propia vida” (KARLG, 1999, p.52)
- 27 También la opinión de *Roxin* se corresponde con esta idea de materialidad, aunque no habla de materialidad u objetos materiales sino de objetos reales, de realidad, como lo que efectivamente puede ser lesionable: “Llamo “bienes jurídicos” a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Estos no son, como muchas veces se supone, sustratos de sentido de naturaleza ideal (si fueran no podrían ser lesionados), sino entidades reales: la vida, la integridad física o el poder de disposición sobre valores materiales (propiedad). Los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica” (123) En: ROXIN, Fundamentos político criminales del Derecho penal. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?. (2004) Trad.: Iñigo Ortiz Gimeno, Buenos aires, Hammurabi, 1 ed., 2008, p.p 49-90.

La noción de lo “material” pretende erigirse, y así debe entenderse, en alternativa a ese bien jurídico “espiritual”, pero no implica limitar el ámbito de lo protegible a realidades físicas, sino que se pretende también abarcar lo que, ciertamente, podría también caracterizarse como bienes “inmateriales”, tales como el honor o la libertad, bienes indubitadamente merecedores de protección en una concepción liberal del Derecho penal (Alcácer, 2003, 73)

Por otro lado, la relación entre el bien jurídico y su substrato material ha sido negada por diversas posiciones que se encuentran en la misma noción del bien jurídico. Asocian al concepto de bien jurídico exclusivamente un juicio de valor o interés. Estas posiciones pueden enmarcarse dentro de lo que se ha llamado el “bien jurídico espiritualizado” (Mir Puig, 2002; Alcácer, 2003). Entienden que el bien jurídico es independiente de una realidad corpórea y por ende, carece de substrato material. Estas posiciones sugieren en realidad una vuelta a la tesis de Jakobs sólo que adoptando el bien jurídico como la expresión afín con el objeto efectivamente tutelado por el Derecho penal²⁸.

Privar al concepto de bien jurídico de su referente empírico es tanto como “evaporizarlo”, asumirlo exclusivamente como un “fenómeno espiritual”: “El bien jurídico acaba, por esta vía, por dejar de ser “un bien” dotado de concreto contenido real, para confundirse con la “finalidad abstracta de la ley”²⁹ (MIR PUIG, 2002, 164). Para Roxin, “Este concepto de bien jurídico ha de rechazarse, porque no dice nada que vaya más allá del por lo demás reconocido principio de interpretación teleológica” (Roxin, 2004, 125) de manera que si así fuese, no tendría sentido el concepto de bien jurídico como tal.

Sin el substrato material del bien jurídico³⁰ (también llamado “antijuridicidad material”³¹) la intervención penal sólo se justificaría por la mera actuación contraria a

28 En este caso inclusive, no debería hablarse de la expresión “bien jurídico”, puesto que la expresión misma de “bien” ya implica de entrada una referencia a un substrato material (que incluso Jakobs ya reconocía como una entidad externa al Derecho) y por tanto debería entonces no aludirse a la misma.

29 Además, como dice Cadavid Quintero: “Sostener que el bien jurídico está constituido por la norma misma constituye un mecanismo de legitimación del estado de cosa vigente, propiciatorio de un peligroso y antidemocrático inmovilismo social” (CADAVID QUINTERO, 1998, 117)

30 Que no es lo mismo que el objeto material de la acción: “...tanto el substrato material como el objeto de la acción son entes materiales y, por tanto, susceptibles de ser dañados de un modo constatable. Pero la materialidad del substrato es de carácter sociológico, en tanto situación o relación de la realidad social, mientras que la materialidad del objeto de la acción es una de carácter físico, en cuanto objeto perteneciente a una realidad natural. Consiguientemente, la afección de cada uno de ellos habrá de entenderse con distinto significado: en un sentido sociológico, en el primer caso, y en sentido naturalístico, en el segundo” (Soto Navarro, 2003, 292)

31 “El concepto material de bien jurídico está íntimamente vinculado a la idea de la antijuridicidad material, frente a la mera antijuridicidad formal propia del positivismo jurídico. Si en la antijuridicidad formal el

un valor: el objeto protegido efectivamente por la ley penal sería la tutela de valores en sí mismos, imposibles de lesionar fácticamente pero que se vulneraría ya desde la misma voluntad del actuar, sin analizar los resultados materiales (así la misma intención de matar “*sin matar*” ya lesionaría un bien jurídico y podría ser objeto de reacción penal)³²:

Si la lesión del bien jurídico, en cuanto valor, sólo puede concebirse en el sentido figurado, como “desprecio” u “oposición” a la vigencia social de un valor, parece claro que la misma no depende, en principio, de los efectos reales, verificables, del delito en el sistema social. De ahí que la lesión se conecte tan sólo con la voluntad del sujeto actuante, produciéndose íntegramente con la mera manifestación externa de la voluntad por medio de una acción. La lesión del bien jurídico no sería, por tanto, un efecto (causalmente) derivado de la acción, sino una cualidad de la propia acción, cuya “idoneidad lesiva” reside ya en la desobediencia de la norma. Se explica así que la lesión del bien jurídico se defina, en este contexto como una lesión de un deber (Soto Navarro, 2003, 287)

De esta manera, “(...) la materialidad del bien jurídico comporta, como mínimo, dos exigencias básicas: su extracción de la realidad social, por cuanto es en ella donde han de percibirse los efectos dañosos del delito, y su carácter lesionable” (Soto Navarro, 2003, 283):

(...) un “bien” es siempre *algo más* que una “cosa”. Pero también es esa “cosa”, sólo que contemplada en su valor funcional: el bien es una *cosa valiosa*, entendiendo aquí por cosa toda realidad existencial con independencia de su carácter material o inmaterial. El concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación

factor esencial lo constituye la infracción del deber que emana de la norma penal, entendida como norma de determinación; en cambio, el factor constitutivo de la antijuricidad material es, básicamente, el daño, esto es, el efecto externo, objetivamente constatable, de la conducta contraria a la norma, percibido como una afección intolerable de los presupuestos básicos para la convivencia social” (Soto Navarro, 2003, 282). Hay que aclarar en este punto también que la lesión al bien jurídico no es lo mismo que el concepto de resultado material: “...se trata de dos problemas distintos, en cuanto corresponden a dos niveles de análisis bien diferenciados. En efecto, mientras la ofensa al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuricidad, siendo como es un elemento cofundamentador de lo injusto, en cambio, el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales, predominando en él un carácter técnico o instrumental. Por medio del resultado se describe un efecto de la acción típica sobre un objeto acotado normalmente por el propio tipo (objeto de la acción), efecto que ha de producirse para la plena realización del delito. Pero el resultado, y éste es el argumento decisivo, no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico” (Soto Navarro, 2005, 906)

32 “Si la intervención penal se justificara por la mera actuación contraria a un valor (desvalor de acción), ello conduciría a una inaceptable “perversión” de la función protectora del Derecho penal, en cuanto éste tutelaría puros valores en sí mismo, cuya vigencia, por lo demás, no depende de la sujeción a conminación (ni siquiera penal) de acciones individuales” (Soto Navarro, 2003, 290)

dialéctica de realidad y valor. Un Derecho Penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismo, sino realidades concretas: ninguna protección jurídico penal merecería el “valor vida” si no se encarnase en la vida de una persona real; el Derecho penal no ha de proteger el “valor vida” en cuanto tal valor, sino las vidas concretas de los ciudadanos. Pero por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad (*Mir Puig*, 2000, 164)

En conclusión, una notable consecuencia al acoger la noción del daño dentro del contenido del bien jurídico estriba en la relación necesaria de un resultado material en la realización de una conducta delictiva:

(...) una ventaja esencial que posee la noción de delito como lesión de bien jurídico es, precisamente, la de acentuar la producción del resultado material, del daño efectivo a un interés personal, y en asumir por tanto el peligro al mismo como criterio discriminatorio y de graduación de lo injusto. En otras palabras, en plasmar la aspiración liberal de valorar las conductas en atención a los efectos que para los intereses personales producen y, en permitir, con ello, una clara diferenciación valorativa entre las acciones que lesionan efectivamente intereses ajenos y las que sólo suponen un intento de lesionarlos” (*Alcácer*, 2003, 105-108).

4. La crisis de la noción material del bien jurídico en el derecho penal del riesgo

Las condiciones de un Estado social intervencionista y el nuevo contexto de la sociedad del riesgo han hecho que la legislación penal moderna se caracterice por criminalizar delitos con víctimas difusas a los que asocia la protección de intereses de carácter supra individual o colectivo. Dicha tendencia implica la formación y uso –cada vez más frecuente– de delitos de peligro abstracto, donde “(...) la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa” (*Hassemer*, 1989, 279).

La actual y generosa protección penal de los nuevos “bienes jurídicos supraindividuales” ha supuesto la pérdida de referencia de la función de garantía del bien jurídico señalada en sus inicios. Ya la alusión a los bienes jurídicos es una puerta abierta para intervenir penalmente que para deslegitimar la función punitiva. En razón de lo que llama *Silva Sánchez* “delincuencia de la globalización” o “delincuencia económica” (*Silva Sánchez*, 2001, 99) se hace uso del concepto de bien jurídico para legitimar la intervención punitiva que no para deslegitimarla³³. Se ha convertido en un

33 “...en los últimos años, la posición de la protección de los bienes jurídicos en el Derecho penal se ha ido desplazando en forma casi imperceptible. Se ha ido pasando de una tendencia crítica frente al

referente, un mandato o programa criminal el cual exige que ciertos campos de la vida en sociedad sean regulados por el Derecho penal.

Así, el bien jurídico "(...)" que nació supuestamente con vocación limitadora, con el designio ostensible de servir de freno contra la arbitrariedad legislativa en materia de criminalización primaria" (Fernández, 2004, 5) pasó a ser sólo un "mandato de criminalización (...)" un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras (...)" un factor positivo para conseguir una correcta criminalización" (Hassemer, 1999, 20).

Para la autora Soto Navarro, en la delimitación de los bienes jurídicos colectivos para su protección penal "(...)" el individuo, en su consideración como titular del bien jurídico y sujeto pasivo, no puede constituir el referente básico para fijar la función social que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, como tampoco para estimar la producción de un daño" (Soto Navarro, 2005, 903)³⁴. La autora plantea en este sentido un cambio de enfoque: no debe analizarse la delimitación de los bienes jurídicos colectivos desde una perspectiva funcional-personal sino funcional-sistémica (Soto Navarro, 2003):

Característica fundamental de los bienes jurídicos colectivos es su función o utilidad para la sociedad en su conjunto, lo que traduce, *prima facie*, en la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros. Consiguientemente, los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición (Soto Navarro, 2005, 887).

La indivisibilidad, junto con la titularidad compartida y la indisponibilidad son las tres características de todo bien jurídico colectivo (Soto Navarro, 2003, 194 y ss). Así, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente se infiere que el objeto de protección penal es el bien jurídico colectivo "medio ambiente" el cual, en su función social, todos pueden disfrutar de él, nadie puede obstaculizar ni impedir a otros su utilidad y es indisponible.

Derecho penal, y despenalizante, a un contexto criminalizante y en el cual se justifica el Derecho penal" (Hassemer, 1989, 277).

- 34 En efecto, como dice la misma autora: "La diferencia respecto a los bienes jurídicos tradicionales de corte individual es que éstos se refieren a las necesidades de uno con el otro (vida, integridad física, etc.), en tanto los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de un colectivo o del grupo social, cortando horizontalmente el sistema social (cualquier miembro del sistema social puede ser usuario, consumidor, trabajador, etc). Son por tanto, bienes jurídicos macrosociales, referidos al funcionamiento del sistema, que implican necesariamente una intervención estatal para promover la atención de dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales" (Soto Navarro, 2003, 174).

Soto Navarro se apoya en el funcionalismo sistémico³⁵ para explicar cómo se lesionan los bienes jurídicos colectivos y sin negar en modo alguno que “todo bien jurídico, sea cual sea su naturaleza, ha de mantener una referencia última al individuo, por cuanto éste es el destinatario último de la protección jurídico penal” (*Soto Navarro*, 2003, 232) sostiene que: “...los delitos contra bienes jurídicos colectivos son conductas que inciden negativamente sobre las condiciones de existencia y/o desarrollo de un subsistema de comunicación³⁶, lo que, de modo mediato, repercute en las posibilidades de acción individuales, en cuanto constitutivas de dicha realidad sistémica” (*Soto Navarro*, 2003, 253)

De la interacción, el contacto social y la convivencia social, *Soto Navarro* llega a una aproximación del concepto de lesividad de los bienes jurídicos colectivos señalando:

(...) será lesivo el comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación, función que, primero, ha de revestir un carácter indispensable para la propia subsistencia y/o desarrollo del sistema social en su conjunto; segundo, ha de ser susceptible de un aprovechamiento colectivo, sin que ningún partícipe en la interacción social pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros (*Soto Navarro*, 2005, 907)

A pesar de la aproximación teórica de la autora *Soto Navarro* a la lesión de los bienes jurídicos colectivos, que constituye sin lugar a dudas un acercamiento loable a la lesividad de los bienes jurídicos colectivos, lo cierto es que la tendencia legislativa actual no discrimina en modo alguno si se está protegiendo o no un bien jurídico colectivo

35 La autora reconoce el potencial que tiene este enfoque al momento de abordar la lesividad de los bienes jurídicos colectivos puesto que explica de mejor manera cómo se pueden lesionar los mismos. Este enfoque metodológico no ubica como punto de partida al individuo o la conciencia individual sino a la interacción social que le atrapa y necesita. Al respecto, la autora señala: “Uno de los aspectos más originales de la teoría sistémica de *Luhmann* es el concepto de comunicación, como unidad básica sobre la que se constituyen los sistemas sociales, a diferencia de la epistemología social que, desde *Hobbes* a *Kant*, adoptó el punto de vista de la conciencia individual. Para que el individuo pueda determinarse y entenderse a sí mismo necesita interactuar socialmente, pues de lo contrario no se produciría más que un cúmulo casual de individuos reclusos en sus respectivas percepciones y carentes de elementos en común sobre los que poder construir un conocimiento del mundo ambiente. De ahí que la teoría de sistemas no se ocupe en primera línea de las expectativas del individuo, como sistema psíquico, sino de las condiciones para la interacción entre una pluralidad de individuos, esto es, para la coordinación de expectativas, de modo que sea posible una convivencia social organizada. *Luhmann* conceptúa así la sociedad como “un sistema de comunicación que integra selectivamente el potencial físico químico orgánico psíquico de la humanidad”, pero que “posee su propia realidad y su autonomía sistémica”. La persona en su totalidad, como sistema psíquico, constituye el ambiente que hace posible la sociedad” (*Soto Navarro*, 2003, 252).

36 Advirtiendo que lo tutelable penalmente no es el sistema comunicativo sino la función social que éste cumple (*Soto Navarro*, 2003, 254).

al momento de prohibirse una conducta y por lo tanto también carece de importancia su carácter lesivo al momento de criminalizarla. Así, detrás de la intención de proteger bienes jurídicos colectivos, muchos no lo son, y con ello no sólo se desdibuja el rigor con que se debería proteger a los mismos, sino que también se termina diluyendo el concepto mismo del bien jurídico. Como señala *Mendoza Buergo*:

El problema de la aprehensión del bien jurídico en la formulación de nuevos delitos es que entran en juego novedosos bienes jurídicos supraindividuales de perfiles tan inconcretos que constituyen más bien objetivos de regulación. Así de forma cada vez más acusada en ciertos sectores —es paradigmático el derecho penal económico—, se criminalizan no tanto comportamientos lesivos, sino meramente inconvenientes, en la medida en que pueden resultar perturbadores para las condiciones de funcionamiento fijadas en un determinado ámbito de actividad (*Mendoza Buergo*, 2001, 15)

De esta manera, aunque la protección de bienes jurídicos sigue siendo por la gran mayoría de las legislaciones en el mundo la finalidad exclusiva del Derecho penal, el concepto se ha ido diluyendo poco a poco, y ahora tiende a confundirse prácticamente sólo con la finalidad del legislador. Toda vez que la tendencia legislativa tutela cada vez más condiciones o estándares de convivencia, normas organizativas, objetivos de regulación se ha ido asumiendo un concepto metodológico del bien jurídico donde la finalidad de la ley y el bien jurídico se confunden: ¿Cómo más puede entenderse el objeto tutelable de aquellos delitos de peligro abstracto que no guardan ninguna relación alguna con una noción material del bien jurídico y por tanto sólo tienden a expresar el mero interés del legislador?

Dicha confusión viene en parte por lo que hemos llamado la crisis actual de la noción material del bien jurídico. Para *Moccia*, la disolución del enfoque material del bien jurídico viene dado por "(...) la consideración según la cual, tras el examen de algunos bienes jurídicos, la mayoría de ellos de titularidad difusa de amplio espectro, sería necesaria una tutela fuertemente anticipada, que se materializaría en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión" (*Moccia*, 1997, 115).

Una tutela penal anticipada no sólo es una intervención penal que busca ser más eficiente en tanto más preventiva sino también una expansión tal del objeto de protección penal que finalmente implica "(...) un paulatino *desvanecimiento* tanto de sus referentes empíricos, como de su función de *garantía* de los límites o las condiciones de justificación de la prohibición penal" (*Mendoza Buergo*, 2001, 77).

Hoy en día la tendencia parece ser la protección de la institución como tal, de valores en sí mismos: sea la vida, la libertad o el orden social, la seguridad, la salud, etc. Los nuevos bienes jurídicos de amplio espectro y titularidad difusa no tienen como

un ámbito de protección lo materialmente lesionable sino un molde etéreo y normativo de normalización de la conducta. Ello demuestra en sí mismo que en realidad lo que se busca proteger es un interés, un juicio de valor, una valoración y no un objeto concreto en específico. Se ha dado la vuelta del enfoque y ya no se habla del objeto valorado, ni siquiera de la valoración del objeto, sino de la valoración en sí misma, lo cual finalmente ha conducido a un nuevo Derecho penal más represivo:

(...) el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera inobservancia de normas organizativas, es decir, con la *protección de condiciones o estándares de seguridad y con la evitación de perturbaciones sociales*; un Derecho penal que no persigue –aparentemente- la conservación de objetos, sino el mero *mantenimiento de la vigencia de la norma*” (Mendoza Buergo, 2001, 69)

5. A modo de conclusión

El uso del Derecho penal siempre está en el riesgo del abuso, la desproporción y arbitrariedad. Aún bajo el marco de un Estado de Derecho liberal, el riesgo de la arbitrariedad y abuso es latente, incluso asumiendo un concepto crítico y material del bien jurídico. Como dice Hassemer, “No es posible despojar al bien jurídico de su mandato de criminalización, puesto que, en efecto, este también señala potencialmente la criminalización de ciertas conductas que pongan o lesionen efectivamente bienes jurídicos” (Hassemer, 1989, 278)

El bien jurídico es un mandato de criminalización y también de deslegitimación, de límite a la política criminal y de intervención penal. Dicha ambivalencia, antes que ser un problema señala que éste no puede bastarse por sí mismo, no es suficiente, no tiene la capacidad de responder por sí mismo a la cuestión del merecimiento de pena, aún en su función de crítica. De aquí, como dice Hassemer: “(...) hay que dejar en claro dos cosas: que el principio del bien jurídico por sí mismo no tiene la facultad de responder a la cuestión del merecimiento de pena, y que es ambivalente, y que, según cuál sea la situación histórica de la legislación penal, puede pronunciarse tanto a favor de la criminalización como de la descriminalización” (Hassemer, 1989, 278). Por ello la importancia de relacionar este concepto con el principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad, de fragmentariedad y de *ultima ratio* suelen presentarse como sinónimos en la realidad pero son conceptos que deben diferenciarse. El carácter fragmentario del Derecho penal -más desde una concepción formal y empírica que programática- señala que “...sólo son punibles algunos fragmentos –más bien pocos, pero seleccionados no con criterios sistemáticos- del grupo de

las conductas merecedoras de pena" (Prittwitz, 2000, 430). Es decir, el ámbito del Derecho penal es escaso, una parte pequeña del todo, muy reducido a comparación de las demás relaciones jurídicas.

La subsidiariedad del Derecho penal tiene que ver con los términos secundario y accesorio. El término puede entenderse conceptualmente, como señala Prittwitz, en un sentido tanto positivo como negativo: "Según el primero, subsidiariedad significa que la unidad grande está obligada a ayudar a la pequeña. Y según el negativo, que no puede prestarse ayuda cuando no se necesita" (Prittwitz, 2000, 431). En el ámbito penal, ambos sentidos del concepto tienen un significado análogo: "(...) uno negativo, que equipara la subsidiariedad con la *ultima ratio*, y otro positivo, que expresa cómo el Estado junto al Derecho penal y en el Derecho penal desarrolla un deber de ayuda" (Prittwitz, 2000, 431), de subsidiaridad, de sustitución, cuando lo demás no funciona.

El carácter de *ultima ratio* señala que "(...) el Derecho penal sólo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo" (Prittwitz, 2000, 434). La intervención penal sólo se justifica en casos extremos puesto que el medio penal también es un instrumento extremo de castigo o prevención. El carácter de *ultima ratio* es inherente a un Derecho penal orientado a las consecuencias. Tanto normativa como empíricamente el instrumento penal es nebuloso, cuestionado y ambiguo. Como medio extremo se presenta con serias objeciones de legitimidad, de aceptación, credibilidad. Pero por otro lado -y es algo que no suele verse con frecuencia- también es empíricamente ineficiente, adolece de una ineficacia que le es inherente.

Si el derecho penal carece de una legitimidad insuperable (Ferrajoli, 1995), también padece de una ineficacia irreductible. Cuando se desconoce su carácter irreductiblemente ilegítimo se produce un Derecho penal máximo, irracional, se desdibuja la línea que diferencia a un sistema penal de otro orden represivo. Cuando se desconoce su carácter de ineficacia, se produce un Derecho penal simbólico, tan extenso y expansivo como inútil (Robinson, 2012). Ambas falencias deben tratar de acortarse y controlarse. La desmaterialización o disolución del concepto de bien jurídico en la actualidad es el resultado del olvido de su función como límite o función crítica y correlativamente, del olvido del carácter ilegítimo e ineficaz consustancial al Derecho penal. La expansión del Derecho penal contemporáneo se explica por la pérdida del punto de vista crítico. Cuando se da exclusiva atención a la funcionalidad del concepto, para lo que sirve en el Derecho penal y no su carácter también justificativo y de límite, se entiende por sobreentendida la eficacia, severidad y legitimidad del Derecho penal, cuestión siempre consustancial al mismo y que siempre debe estar presente en el análisis.

La presión por un Derecho penal preventivo donde: "(...) el Derecho penal ya no se presenta como una mera reacción represiva o retributiva ante lesiones de bienes jurídicos, sino que asume una tarea en el sistema del aseguramiento y previsión estatal

de la existencia" (*Mendoza Buergo*, 2001, 87) conlleva a un Derecho penal simbólico, aún más ineficiente como ilegítimo. La demanda social de control netamente penal por la impresión de severidad y eficiencia de este mecanismo con el ánimo de crear un aparato penal tanto más preventivo como eficiente, es una exigencia ingenua y crédula de un medio que sirve muy poco para persuadir y también para justificarlo.

Este fenómeno de encantamiento o seducción por el poder punitivo desconoce su limitada competencia, su incapacidad para resolver problemas sociales. Si existe una elevada sensibilidad a la inseguridad, un deseo de controlar los potenciales riesgos del orden social, político y económico creadas por el ser humano (*Silva Sánchez*, 2001, 34), mal pudiera encomendársele al Derecho penal la misión general de crear consenso y reforzar valores: "Si (...) se conociera al detalle el modo selectivo en que en definitiva se persigue el delito, las limitaciones de enjuiciamiento, o el modo de ejecución de las sanciones, las cosas podrían ser muy diferentes" (*Silva Sánchez*, 2001, 77).

Es inútil encontrar en el Derecho penal un mecanismo de pedagogía social, de socialización, civilización, un instrumento preferente de resolución de los "deseos" sociales aun cuando se desfigure por completo un Derecho penal clásico, liberal, limitado y se torne en un hipertrofiado Derecho penal de protección. Puede incluso desdibujarse toda noción material del bien jurídico como el objeto material y legítimo del Derecho penal: la consecuencia inevitable será la total *pérdida de credibilidad* en el Derecho penal. Y si es ilegítimo también será inejecutable, un Derecho penal "(...) a la larga ineficaz y contraproducente por la falta de autoridad y de suficiente legitimidad desde el punto de vista del Estado de Derecho" (*Mendoza Buergo*, 2001, 111).

La función crítica y dogmática del bien jurídico va de la mano del carácter irreductiblemente ineficaz e ilegítimo del propio Derecho penal. Si el bien jurídico necesariamente implica criminalizar conductas también requiere justificarse. Si el bien jurídico pierde su referente material también pierde toda relación con la realidad social, realidad intersubjetiva, entre los individuos, toda fundamentación liberal. Hay que procurar la intervención del Estado en aquello para lo que realmente resulta eficaz, idóneo, justificable. Pero intervención del Estado no implica necesariamente intervención penal, donde siempre resultará problemático, difícil y autoritario.

Bibliografía

- Alcácer Guirao, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona, Atelier, 2003
- ARNOLD, JÖRG. La "superación" del pasado de la RDA ante las barreras del Derecho penal del Estado de Derecho. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada, Comares, 2000, p. 307-341
- BAUMAN, ZYGMUNT. *La sociedad sitiada*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004
- BECK, ULRICH. *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 1986
- BERNAL CASTRO, CARLOS ANDRÉS. *Bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas. Una lectura desde la historia social del derecho penal*. Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2013
- BUJÁN PÉREZ, CARLOS MARTÍNEZ. *Derecho Penal Económico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Obras Completas Tomo II: Control social y otros estudios*. Perú, Ara, 2004
- CADAVID QUINTERO, ALFONSO. *Introducción a la teoría del delito*. Medellín, Dike, 1998
- Fernandez Carrasquilla, Juan. *Derecho penal fundamental*. Volumen 1, Bogotá, Ibañez, 1982
- FERNÁNDEZ, GONZALO. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo, Euros, 2004
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad: Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Byón Molino, Madrid, Trotta, 1995
- FERRAJOLI, LUIGI. *El principio de lesividad como garantía penal*. En: Nuevo foro penal, núm. 79, vol. 8, Medellín, Julio-Diciembre de 2012, pp. 100-114
- GAEDE, KARSTEN. *Puntos fuertes y puntos flacos de la función legitimadora de la teoría del bien jurídico inmanente al sistema en el ejemplo del fraude de subvenciones*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 265-285
- GALLEGO, GLORIA MARÍA. *Bien jurídico y Constitución*. En: Nueva interpretación constitucional, Universidad de antioquia, Medellín, Dike, pp. 119-169
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO & BARBOSA CASTILLO, Gerardo. *Bien jurídico y Derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 1996
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO. *Tratado de derecho penal. Parte general, tomo i*. Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2001
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *El principio de la antijuridicidad material. Regulación y aplicación*. Ed jurídica radar, 2 edición, Bogotá, 1993

- GÜNTER, KLAUS. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal? En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada, Comares , 2000, pp. 489- 507
- HASSEMER, WINFRIED. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. En: Doctrina penal. Teoría y práctica de las ciencias penales. Buenos aires, De palma, año 12, núm 45 a 48, pp. 275-285.
- HASSEMER, WINFRIED. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Bogotá, Temis, 1999
- HEFENDEHL, RONALD, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- HEFENDEHL, RONALD. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 179-197
- HIRSCH, HANS JOACHIM, *El derecho penal y procesal penal ante las nuevas formas y técnicas de criminalidad*. En: Derecho penal, Obras completas, Tomo II. Buenos aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, pp. 61-82
- HORMAZÁBAL MALAREE. Hernán. *Bien jurídico y Estado social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile, Jurídica Cono Sur, 1992.
- INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada, Comares , 2000
- Jakobs, Günter. *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* En: Montealegre Lynett, Eduardo. *El funcionalismo Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 39-57
- JAKOBS, GÜNTER. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad: Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijó Sánchez. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004
- Kahlo, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 53-69
- KARGL, WALTER. Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed). *La insostenible situación del Derecho Penal*.

- Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada, Comares , 2000, pp. 19-63
- LOZANO LOZANO, CARLOS. *Elementos de derecho penal*. Ed Lerner, 1961
- MENDOZA BUERGO, BLANCA. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid, Civitas, 2001
- MENDOZA BUERGO, BLANCA. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Madrid, Colmares, 2001
- MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte General* . Barcelona, Reppertor, 2002
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Garantismo y Derecho Penal*. Madrid, lustel, 2011
- PRITTWITZ, CORNELIUS. El Derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal. En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española). Granada, Comares , 2000, pp. 427-447
- PRITTWITZ, CORNELIUS. Sociedad de riesgo y Derecho penal. En: Luis Alberto Arroyo Zapatero Adán Nieto Martín, Ulfried Neumann (coord.) *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo : el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt* . España, Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 259-288.
- ROBINSON, PAUL H. *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Trad: Manuel Cancio e Íñigo Ortiz Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2012
- ROXIN, CLAUS. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 443-459
- ROXIN, CLAUS. *Fundamentos político criminales del Derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal* (1973). Trad: Diego Manuel Luzón Peña. Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 49-90
- SCHÜNEMANN, BERND. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 197-227
- SEHER, GERHARD. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, 69-95
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, 2001

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, J. M. Bosch, 1997.
- SOTO NAVARRO, SUSANA. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 2005, pp. 887-918.
- SOTO NAVARRO, SUSANA. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Madrid, Comares, 2003
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO. *Inimputabilidad y Sistema penal*. Bogotá, Temis, 1996
- STERNBERG-LIEBEN. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 105-129
- STRATENWERTH, GÜNTER. "La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos". En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 365-373
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN. *Sistema penal y Estado de Derecho*. Lima, Ara, 2010
- VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Comlibros, 2009
- VON HIRSH, A & WOHLERS, WOLFGANG. "Teoría del bien jurídico y estructura del delito". En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 285-309
- VON HIRSH, ANDREW. "El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". En: Hefendehl, Ronald, (ed). *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Trad: Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 37-53